

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº46 - MARZO 2011



EL DELITO DE “MICROTRAFICO” EN LA JURISPRUDENCIA: SUS ALCANCES Y EN ESPECIAL LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA “PEQUEÑA CANTIDAD”

Nicolás Arrieta Concha¹

Introducción

El tipo básico del artículo 3° de la Ley 20.000 castiga a los que *trafiquen a cualquier título* con las sustancias a que se refiere el art. 1° de dicho cuerpo legal y a los que *por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias*.

A su turno, el inciso final del art. 4° señala que “se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte *sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título*”².

Ambas normas integran un elemento subjetivo del injusto que debe concurrir para la comisión del delito, sea en la modalidad del tipo base o de la figura del microtráfico, es decir, los artículos 3° y 4° de la legislación en comento exigen expresamente, para que la posesión en sentido amplio sea punible, la existencia de un particular fin ulterior al dolo de poseer la sustancia ilícita, que está integrado por el *animus* de traficar a cualquier título.

De ahí la trascendencia que reviste este elemento subjetivo y al cual deben enfrentarse diariamente en audiencias, tanto jueces como fiscales, pues de no concurrir, no se dará el injusto típico del delito y consecuentemente, importará la necesaria absolución del imputado.

Pues bien, los operadores del derecho son conscientes que la constatación de este elemento subjetivo del injusto en la posesión de la droga, es probablemente una de las tareas más difíciles de demostrar en las audiencias, muchas veces es un elemento no apreciable por la sola conducta verificada, pues la pura y simple tenencia de droga, no consigue por sí sola mutar al poseedor en traficante o consumidor.

1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes. Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

2 La cursiva es nuestra.

Frente a ello, no queda más que confiar o atender al único elemento que nos puede ayudar a la calificación del sujeto, que es develar sus intenciones, su finalidad.

De otro lado, el planteamiento del problema debe tener presente el principio de la presunción de inocencia que obra en beneficio del imputado y que exige del Ministerio Público demostrar su culpabilidad de forma cierta e inequívoca.

Esta presunción sólo puede destruirse en base a la existencia en el juicio oral de una mínima actividad probatoria producida, respetando por una parte las garantías y que configure por otro lado la prueba de cargo, esto es, capaz de conducir al juez, mediante un razonamiento lógico, de acuerdo a las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, a una convicción más allá de toda duda razonable, acerca de la culpabilidad del imputado.

Lo anterior como sabemos, en el nuevo proceso no excluye la prueba indiciaria, que es precisamente la que comúnmente se da en los delitos de tráfico de drogas.

Es precisamente esa prueba y el tratamiento que nuestra jurisprudencia ha dado a la misma, lo que será objeto de nuestra atención en las páginas siguientes.

1. El delito de microtráfico. Una realidad reconocida por la Ley 20.000

Sin duda, la principal innovación introducida por la Ley 20.000, fue precisamente la incorporación del artículo 4°, que introdujo el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, hoy ampliamente conocido como *microtráfico*.

Tal como señalan Politoff, Matus y Ramírez, se trata de una figura cuyo propósito fue evidentemente dar un trato privilegiado a los *dealers* callejeros o pequeños traficantes, en el sentido de imponer una pena inferior a la que originalmente establecía su antecesora, la Ley 19.366 que castigaba este delito con pena de crimen³.

Esta norma obedeció, tal como puede leerse en el propio Mensaje del Ejecutivo N°232-241 de 2 de diciembre de 1999⁴, a la preocupación del legislador en cuanto a que los tribunales de la época habían desarrollado una tendencia o práctica de disminuir o atenuar el rigor de la penalidad asignada al antiguo tipo previsto para el delito de tráfico de drogas, ello debido a que la ley, salvo en el

3 Sergio Politoff L. Jean Pierre Matus A. María Cecilia Ramírez G, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 584.

4 Mensaje de S.E. el Presidente de la República de fecha 2 de diciembre de 1999, cuenta en sesión 19, legislatura 341, en Historia de la Ley 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional.

caso de la cooperación eficaz, no contemplaba ninguna alteración o minorante de la penalidad, cualquiera fuera la magnitud de un tráfico de las denominadas *drogas duras*. Frente a la situación de aquellas personas que traficaban pequeñas cantidades de estas sustancias, se hacía patente la necesidad de regularlo en la nueva ley, ya que por la vía de evitar una exasperación desproporcionada de la pena, en muchos casos se recurría al expediente de considerar el hecho como falta del entonces aplicable artículo 41 de la Ley 19.366 o incluso, en casos extremos, dictar sentencia absolutoria por una cuestión, a decir de algunos jueces, *de justicia material*.

En la práctica, durante la vigencia de la Ley 19.366 ambas policías habían dado debida cuenta que estos *dealers* callejeros comenzaron a familiarizarse con la misma ley y así, al conocer sus falencias, modificaron su *modus operandi* en el sentido que si eran sorprendidos portando pequeñas o escasas cantidades de papelillos era más fácil justificar un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, con lo cual podían con ello eludir la sanción principal prevista para el delito de tráfico.

De esta forma, como ya se señalara, en vez de enfrentar una pena de un rango entre los 5 años y un día y los 15 años, su conducta podía ser considerada una simple falta, o mejor aun, obtener una sentencia absolutoria.

Frente a esta realidad, se hacía necesario llenar un vacío legal, lo que en definitiva se materializó en la figura que ahora comentamos y que no ha estado exenta de críticas en nuestra doctrina⁵.

2. Tratamiento Jurisprudencial del Microtráfico por la Corte Suprema. Evolución desde una figura privilegiada a una de carácter autónoma

En esta materia, claramente pueden distinguirse dos periodos que han marcado el criterio seguido por nuestro más alto Tribunal:

A. El primero de ellos, comprendido desde la entrada en vigencia de la Ley 20.000 hasta octubre de 2008, a partir del fallo **6788-2007** de 8 de octubre de ese año, periodo en el cual se consideró a este delito como una figura privilegiada, discusión que se planteó con ocasión de la posible aplicación del artículo 18 del código penal y del artículo 19 N°3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República, esto es, de la norma más beneficiosa para el imputado.

Es con ocasión de la conocida sentencia **2005-05** que la Corte Suprema tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el punto, señalando que la norma en comento no creaba una nueva figura delictual, sino más bien una fórmula ate-

5 Vid. LUCIANO CISTERNAS VÉLIZ, *El Microtráfico*, Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2009, p. 24; MARCOS GONZÁLEZ WITTIG, *El delito de tráfico de drogas*, Chile, Editorial El Jurista, 2010, p. 155.

nuada del tipo base de tráfico de drogas. En efecto, según el fallo citado “ el artículo 4° de la Ley 20.000 no crea una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado antes en el artículo 5° inciso primero de la Ley 19.366, y ahora, en la misma forma, en el artículo 3° inciso primero de la nueva normativa, sino se limita a disponer que, si en el caso concreto ese tráfico se refiere a pequeñas cantidades de droga, puede sancionárselo con una pena más benévola que la prevista ordinariamente para tal delito. Dicho de otro modo, de lo abarcado por la descripción del comportamiento en que consiste el tráfico de estupefacientes en general, el legislador ha fraccionado un grupo de situaciones a las cuales, no obstante satisfacer las exigencias de ese tipo delictivo, quiere someter a un tratamiento distinto y, ciertamente, más benigno, si concurre la circunstancia de que verse sobre una cantidad de droga pequeña”⁶.

B. Un segundo periodo o tendencia, se produce a partir del ya citado fallo **Rol 6788-07**, en que la Corte Suprema cambia radicalmente esta postura, declarando que el delito de microtráfico es un delito autónomo. Sobre el particular, Luciano Cisternas en su obra sobre El Microtráfico, sostiene que este cambio de criterio se fundamenta en los siguientes aspectos:

- a) Por una parte, el art. 4° no contempla las acciones de inducir, promover o facilitar el uso o consumo de drogas, como tampoco la de exportar o importar, por lo que ellas jamás podrán ser constitutivas de Microtráfico;
- b) De otro lado, en lo que respecta al volumen de la droga traficada, en el microtráfico debe tratarse de una “*pequeña cantidad*” elemento regulativo que no está presente en el art. 3°;
- c) Por último, en el art. 4° se contempla una especial causal eximente de responsabilidad, como es la justificación por parte del agente que la droga está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, situación que tampoco está presente en el art. 3°⁷.

3. La determinación del concepto *pequeña cantidad de droga*. Principio regulativo

La jurisprudencia de la Corte Suprema⁸, en forma sostenida y reiterada a partir del ya comentado fallo **2005-05**, ha entendido la expresión *pequeña cantidad* como un principio regulativo, que en buenas cuentas, importa un concepto jurídico indeterminado, que debe ser precisado y concretado posteriormente por parte del propio tribunal.

6 Vid. La SCS Rol N°2005-2005 de fecha 19/07/05, considerando 1°.

7 LUCIANO CISTERNAS VÉLIZ, ob. cit., pp. 28-29.

8 Vid. Rol N°2005-05 (19-07-05) Rol N°1506-2005 (2-01-07) Rol N°3819-06 (25-01-07) Rol N°1479-2007.

En el mismo sentido, para Roxin, el concepto regulativo tiene como particularidad, el no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación; un ejemplo de ello, está dado por el concepto de “exigibilidad”, en palabras de este autor, “plenamente exento de valoración”, formal y sin contenido.

“Está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos”⁹.

El citado fallo, en el considerando 7°, refiere que “el empleo de conceptos como el que nos ocupa, si bien puede parecer hasta cierto punto reprochable, no es inusual en las legislaciones y, por cierto, no únicamente en la nuestra. Así, ya en 1953 se refirió a ellos Heinrich Henkel, denominándolos principios (o conceptos) regulativos (en el sentido de orientadores) por oposición a los principios o conceptos normativos. Éste –dice refiriéndose al principio o concepto regulativo– contrasta enteramente con las cláusulas normativas. No entraña contenido ni medida de valor alguno, sino que es del todo neutral y, por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene tan sólo una instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento. Si el legislador utiliza una cláusula regulativa, ello no significa dación de norma, sino que implica, al contrario, una renuncia a establecerla. Es la negación de la norma legislativa acompañada de la instrucción de desarrollar la norma judicial a partir del caso que se juzga”.

“En consecuencia –continúa el fallo–, el empleo de lo regulativo por el juez no es aplicación de una norma ni obtención de la sentencia por subsunción en una premisa mayor decisoria, sino creación normativa sirviéndose de un concepto que no pone a disposición del juez contenido de decisión alguno, mas sólo le indica que determine autónomamente, con la ayuda del elemento regulativo, los límites de las esferas dudosas de derecho y de deber”¹⁰.

En otras palabras, la intención del legislador fue “dejar en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes determinen de manera soberana y discrecional cuando se está en presencia de esas pequeñas cantida-

9 CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, séptima edición, Marcial Pons, 1999, p. 137.

10 Vid. Rol N°2005-05 (19-07-05). Respecto del autor citado por el fallo, puede consultarse en HEINRICH HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Buenos Aires Argentina, Editorial Bde f Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 126-127.

des, de ahí que se decidiera por el legislador no establecer condiciones objetivas y expresas a este respecto”¹¹.

4. Criterios de determinación jurisprudencial del concepto “pequeña cantidad”

Para la Corte Suprema, llenar de contenido un concepto indeterminado como es el de pequeña cantidad depende de una multiplicidad de factores tan considerables y cambiantes, que no existiría manera alguna de determinarlos, “sirviéndose de una generalización que resultara aplicable a la variedad de las situaciones concretas pues, en efecto, el mismo par de gramos de clorhidrato de cocaína que distribuido entre los varios participantes adultos de una reunión social debería ser apreciado como una pequeña cantidad, no lo será si los destinatarios son adolescentes recién llegados a la pubertad; pero, además, la cosa dependerá también del grado de pureza de la sustancia y, en fin, de una multitud de otras circunstancias que, incluso, resulta difícil imaginar; por eso, al legislador no le quedaba otra solución que servirse de un concepto regulativo, destinado a orientar la resolución del juez en el caso concreto, pero abandonando a su decisión los espacios marginales imposibles de rellenar con una fórmula abstracta”¹².

Por otro lado, como ya anticipáramos en la introducción, una de las mayores dificultades que se presenta en los juicios orales a los fiscales en este tipo de materias, y consecuentemente a los jueces a la hora de decidir, reside justamente en la prueba del elemento subjetivo de la posesión, porte o guarda de la droga, esto es, la forma en que la tenencia de la droga está destinada a realizar actos de difusión de la misma para su consumo ilegal.

Los tribunales de nuestro país, conscientes que se trata de un aspecto interno del sujeto, de muy difícil acreditación sino es a través de datos externos, con el objeto de delimitar las conductas de tráfico, microtráfico y consumo, han atendido a criterios indiciarios de la más diversa índole, entre los que se cuentan:

1. Cantidad de droga incautada;
2. Transacción flagrante;
3. Hallazgo de envoltorios, forma de distribución y/o número de dosis susceptible de obtenerse con la droga incautada;
4. Pureza de la misma;
5. Forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención;
6. Antecedentes de la investigación;

¹¹ SCS Rol N°3819-2006 de 25/01/07.

¹² Considerando 8° SCS 2005-05 (19/07/05).

7. Tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga;
8. Forma de distribución de la droga; tenencia de papelillos y posesión de billetes y monedas de distinta denominación;
9. Situación socioeconómica del imputado;
10. Condición de drogodependiente, politóxicomano, consumidor habitual o no consumidor;
11. La diversidad de drogas;
- 12.
13. Criterio temporal de uso personal y exclusivo próximo en el tiempo;
14. Lugar del hallazgo.

4.1. Primer criterio indiciario de traficar: la cantidad de droga incautada

Como ya señaláramos, la Ley 20.000 al introducir el concepto de pequeña cantidad, hace alusión a un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido está llamado a ser llenado por el juez en cada caso concreto.

Como primera premisa y siguiendo a Héctor Hernández, diremos que la cantidad es el principal pero no el único criterio al que tradicionalmente recurren nuestros tribunales para justificar que la tenencia de drogas ilegales tiene una finalidad preordenada al tráfico¹³.

13 Profundizando sobre este punto, el citado autor nos indica que: “en base de este criterio subyacen buenas razones: ciertamente la actividad mercantil, y el tráfico de drogas no escapa a la regla, requiere para su ejercicio de cantidades de mercancía apropiadas para satisfacer no sólo las necesidades del consumo personal, sino que las de una multiplicidad de consumidores. En este sentido resulta razonable suponer, en principio, que quien porta cantidades de estupefacientes que excedan de las que habitualmente sirven para el consumo individual, las porta porque trafica con ellas; en tanto que respecto del portador de pequeñas cantidades, bien puede pensarse que las destina a su propio consumo. Como criterio central, la consideración de las cantidades portadas resulta adecuada. Sin embargo, debe tenerse presente siempre que tal consideración es sólo un criterio, uno más entre muchos otros que se pueden proponer, y no puede constituirse en elemento exclusivo para resolver la cuestión de la finalidad de la tenencia, ni mucho menos puede llegar a desplazar la cuestión de fondo, convirtiéndose en elemento constitutivo del injusto, como ha ocurrido en algunos casos. Por adecuado que pueda resultar este criterio como punto de partida, por sí solo resulta completamente insuficiente, en especial, porque en el fondo implica un juicio arbitrario sobre el significado de una tenencia apreciable de estupefacientes, que si bien no puede despreciarse como indicio desde lo común o habitual siempre debe considerarse, no por ello pierde esa dosis de arbitrariedad”. Más adelante, el citado autor aclara que se comparte “el afán por precisar, por aclarar, por hacer menos nebuloso el criterio cuantitativo y así uniformar en alguna medida la actitud de los juzgadores frente al porte de cantidades semejantes de una misma droga. Pero lo que no puede aceptarse no es que el criterio sea más claro y preciso, sino el riesgo

Como segundo criterio orientativo, podría sostenerse que quien porta cantidades de estupefacientes que exceden de las que habitualmente sirven para el consumo individual, las porta porque trafica con ellas; en tanto que respecto del portador de pequeñas cantidades, bien podría concluirse que las destina a este fin o a su propio consumo. Luego, conforme al tenor literal de la ley y a la doctrina, se concluye que las “grandes” cantidades no pueden estimarse destinadas al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo y sí, en cambio, las pequeñas cantidades.

En la misma línea, sólo se podrá castigar por microtráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante.

La interrogante que nos surge de inmediato es cuando estaremos en presencia de grandes o pequeñas cantidades de drogas.

Un claro ejemplo de la relatividad del concepto que aquí analizamos lo encontramos en dos sentencias:

Por una parte, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de **Linares RIT 95-2009 (30.07.2010)** que absolvió del delito de microtráfico a un imputado por la posesión de 360 gramos de cannabis considerando que no estamos ante el art. 4° sino ante la hipótesis de un consumo privado, la cual es atípica¹⁴.

En el otro extremo, tenemos la Sentencia del Tribunal Oral en lo penal de **Rancagua RIT N°323-2007 (28.01.08)**

que condena a un imputado sindicado como microtraficante, quien accede voluntariamente a que los funcionarios policiales ingresaran a su inmueble para confirmar la presencia de drogas, incautándose en el mismo domicilio 1 gr. de pasta base distribuido en 8 papelillos.

de que tal precisión y claridad lleven a olvidar que la consideración cuantitativa continúa siendo un criterio, uno entre muchos, que no tiene valor absoluto cualquiera que sea su grado de precisión”. HERNÁNDEZ BASUALTO HÉCTOR, *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno. Análisis Crítico de dogmática y política criminal*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica, Santiago de Chile, 1992, pp 212-213.

- 14 Los fundamentos que da el tribunal para llegar a este extremo fueron los siguientes: a) La sustancia encontrada corresponde al vegetal cannabis sativa, cuya composición se fijó en una “mezcla indeterminada de sumidades floridas con hierba verde” b) Que dicha sustancia es, a decir del propio ente acusador, “una pequeña cantidad” c) Que, ella fue encontrada e incautada de un “lugar o recinto privado”, esto es, su domicilio; d) Que, aunque consumidor el acusado, no fue encontrado consumiendo dicha droga y e) Que, justificó su tenencia para su uso exclusivo y próximo en el tiempo.

El tribunal decide condenar por microtráfico argumentado que 8 dosis no dicen relación con un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, y “más bien parece una cantidad destinada a la venta que al consumo”.

4.1.1. JURISPRUDENCIA REFERIDA A LAS DROGAS DE MAYOR INCAUTACIÓN EN CHILE QUE HA RECURRIDO AL CRITERIO CANTIDAD

Previamente, es necesario precisar que la metodología empleada para el presente análisis no es de carácter estadístico ni proyectivo, pues la revisión por razones de tiempo, corresponde a una pequeña muestra de todo el material con que cuenta la propia Unidad Especializada de Drogas de la Fiscalía Nacional, como asimismo sentencias que se encuentran citadas en la doctrina nacional, en especial la contenida en las obras de Luciano Cisternas Véliz¹⁵ y Marcos González Wittig¹⁶. El periodo de análisis comprende preferentemente sentencias dictadas los años 2007, 2008, 2009 y 2010, sin embargo, también se han considerado sentencias de otros años que por su interés, hemos considerado conveniente incluir en el estudio. Además, solo se han incluido aquí las drogas de mayor incautación en nuestro país, esto es, el clorhidrato de cocaína, las pasta base y la marihuana.

Como ya lo anticipáramos¹⁷, la cantidad de drogas es un elemento importante al momento de considerarse el tipo penal por parte de los tribunales pero no el único criterio a ponderar, pues debe ser analizada en conjunto y armonía con los demás elementos o circunstancias que coexisten en el hecho punible o caso concreto. De esta forma, es perfectamente factible que una cantidad mínima de droga, unida a otras circunstancias de comisión pueda ser considerada microtráfico.

Así por ejemplo, la sola cantidad de 78 gramos de pasta base de cocaína bien podría ser considerada como una cantidad que configure un microtráfico, pero que a la luz de otros elementos lleven al órgano jurisdiccional a decidir de distinta manera. Ello ocurrió en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, de fecha 29 de agosto de 2008, que en su considerando 9° señaló que: “...En este caso, los juzgadores estimaron que la cantidad de estupefaciente materia de la infracción rebasaba el límite del microtráfico, porque de acuerdo a lo expuesto por el policía especializado, los 78,67 gramos netos de pasta base de cocaína incautados, de una pureza de entre el 62 y 77%, podían rendir sobre 400 dosis, lo que implica que el hechor se hizo cargo del manejo y control de una fuente de riesgo, y por ende, de una amenaza superior al bien jurídico salud pública protegido con las normas de los artículos 3° y 4° de la Ley 20.000”¹⁸.

15 Vid. Supra cita 3.

16 MARCOS GONZÁLEZ WITTIG, *El delito de tráfico de drogas*, Santiago, Chile, Editorial El Jurista, 2010.

17 Vid supra, p. 5.

18 RUC: 0810002264-9, RIT:155-08.

De la jurisprudencia consultada, esto es, aproximadamente 60 fallos, pueden extraerse preliminarmente algunas conclusiones respecto del concepto de pequeña cantidad:

1. Salvo casos muy excepcionales, no se advierte una variación sustancial en la jurisprudencia en cuanto a lo que se ha entendido por pequeña cantidad.
2. La mayor disparidad de criterios se observa en los fallos que condenan por la figura del art. 3°, destacando en especial por su severidad los fallos emanados del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua.
3. En lo que respecta a los fallos relativos a **cannabis sativa**, cabe señalar que hasta el 19 de febrero de 2008 (fecha de publicación del DS 867) fue evidente el tratamiento privilegiado que se dispensó a la marihuana para estimarla como “pequeña cantidad”, en especial por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt¹⁹.
4. En cuanto a la pequeña cantidad de droga preordenada al tráfico, en los tres tipos de drogas analizadas puede observarse un denominador común: el sostenido y gradual aumento en las cantidades. En el primer tiempo, lindaron en la insignificancia, hoy pueden ser consideradas microtráfico

4.2. Segundo criterio orientativo de tráfico: transacción flagrante

Conforme a la jurisprudencia analizada, una transacción flagrante, cualquiera que sea la cantidad de droga involucrada, excluye de plano una discusión respecto de un posible consumo próximo en el tiempo, quedando solo por determinar, en virtud de otras circunstancias, si dicha acción configura el ilícito del tipo base o del microtráfico.

A modo de ejemplo, en causa seguida en el 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de acuerdo a los hechos acreditados, personal policial observó a dos sujetos realizando una transacción de droga, lo que trajo como consecuencia una entrada y registro de un inmueble lográndose la incautación de 254 envoltorios contenedores de 23,5 gramos netos de cocaína base, 60 gramos netos de la misma sustancia y dos bolsas plásticas contenedoras de marihuana, cuyo peso fue 148,3 gramos netos, la suma de \$104.000 en dinero en efectivo y otras especies.

¹⁹ Un comentario especial merece la sentencia pronunciada por un Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en causa RIT 245-2007 de 18 de marzo de 2008, que consideró como destinada al consumo personal la cantidad de 89,5 gramos distribuidos en 100 papelillos. Este caso citado en: LUCIANO CISTERNAS, ob cit., p. 158, se trató de un caso de un trabajador del área de aseo en un centro de esquí en las afueras de Santiago y en el cual según el fundamento del Tribunal, el acceso a la droga se hacía difícil o costoso.

Durante el juicio, la defensa sostuvo que los hechos configuraban el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Lo anterior no fue compartido por el Tribunal quien en su considerando 13° señaló que: *“...no nos encontramos en presencia de una “pequeña cantidad” de droga, como lo establece el citado artículo 4°, por cuanto, siguiendo al profesor Matus Acuña, el propósito de tal norma es ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los dealers callejeros, o como los denomina el Mensaje N°232-241 de 2, de Diciembre de 1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, “personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”; así, para determinar el alcance del concepto “pequeña cantidad” la ley ofrece una directriz clara: pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. En efecto, aunque en principio pareciera que una cantidad de esa naturaleza obligaría a sancionar a título de consumo y no de microtráfico, lo cierto es que ésta es precisamente la ratio de la ley: castigar por esta forma privilegiada de microtráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante, o como señala el inciso final de este art. 4° de la Ley N°20.000: imponer penas por este delito y no por la falta de consumo “cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”. “...mal podría considerarse la droga incautada, 83,5 gramos de cocaína base y 148,3 gramos netos de marihuana, como pequeña cantidad, más aún, considerando la forma en que se encontraban distribuidos en 254 papelinas con 23,5 gramos de pasta base y dos bolsas plásticas con 60 gramos a granel, y la marihuana paraguaya prensada, en dos bolsas con un peso neto de 148,3 gramos. Además, porque respecto a su forma de distribución en envoltorios y bolsas da cuenta de la posibilidad de distribuirla a otros tantos, vendedores o consumidores con el consiguiente riesgo de la difusión masiva de estas sustancias y la generalización de su consumo”²⁰.*

En este caso se sancionó en virtud del artículo 3° de la Ley N°20.000. Sin embargo, la transacción no fue la única circunstancia del hecho, sino que concurrieron otros elementos que ilustraron sobre una actividad de mayor escala o habitualidad, que involucró necesariamente mayores cantidades de droga, tal como lo expresa la sentencia en su considerando 11° al señalar que: *“La posesión y guarda de 83,5 gramos netos de cocaína base y de 148,3 gramos de marihuana, distribuidas en diversos envoltorios como en bolsas, sumada a las circunstancias en que fue hallada, esto es, oculta detrás de una cómoda en un dormitorio y el dinero encontrado, ascendente a la suma de \$ 104.000 en dinero efectivo, los cuatro teléfonos celulares, el frasco de juguera y la pesa; además, las condiciones de envase y dosificación y por último la gran cantidad de dosis para el consumo que permite confeccionar ésta, lo que además fue apreciado por el Tribunal en las fotografías*

20 RUC: 0700519295-6, RIT: 209-2009.

*exhibidas y proyectada, permitió concluir que dicha sustancia estaba destinada a ser transferida a terceros*²¹.

4.3. Tercer criterio indiciario: hallazgo de envoltorios, forma de distribución y/o número de dosis susceptible de obtenerse con la droga incautada

Son criterios frecuentemente citados en los fallos consultados por la figura de microtráfico. Asimismo, en el caso que la droga no se encuentre dosificada al momento de la incautación, es el tribunal quien atendido los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, proyecta el número de dosis que podrían obtenerse con la misma, generalmente obtenido mediante la declaración de testigos expertos o funcionarios policiales.

De acuerdo a la jurisprudencia consultada, se observa que este criterio en general es utilizado por los tribunales para sustentar o fundar la hipótesis del art 3° de la Ley 20.000. Con ello, se descarta la figura del microtráfico, aunque no se trate de una cantidad considerable de droga.

Entre los fallos analizados, encontramos los siguientes argumentos:

*“...se ha desestimado la principal alegación de la defensa...los que cuestionaron que estuviésemos en presencia del ilícito del artículo 3° de la Ley 20.000...”. “...el decomiso descrito correspondió a la incautación de un polvo beige que en total ascendió a **107,50 gramos netos** (110,90 gramos brutos) que resultó ser pasta base de cocaína... la misma estaba **distribuía no sólo en 91 dosis individuales conocidas como papellillos**, que pesaron 23 gramos, sino además en **56 bolsas** de nylon pequeñas que pesaron 77 gramos, es decir haciendo la proyección, **esa cantidad alcanzaría por lo menos para 300 dosis más** y finalmente **13 gramos más de droga a granel envuelta en un papel, que admitía la posibilidad de 51 dosis individuales adicionales**, en total –y sin perjuicio que la pureza de esa droga, **hacía posible duplicar sino triplicar la cantidad de dosis** añadiéndole otras sustancias– los acusados tenían en su poder a lo menos droga que permitía poner en circulación **a lo menos 442 dosis individuales** (monos o papellillos)”²².*

*“...no puede pretenderse que ello constituya un microtráfico de conformidad con lo preceptuado en el artículo cuarto de la ley 20.000 por cuanto **no sólo ha resultado condenado por la tenencia de cannabis sativa, sino también de cocaína**, que atendida la cantidad, **104 gramos netos**, en ningún caso puede ser estimada como una cantidad pequeña, puesto que preparada para su venta, **alcanzaría un número considerable de dosis**”²³.*

21 RUC: 0700519295-6, RIT: 209-2009.

22 TOP Antofagasta, 02/07/08, RIT 99-08, considerando 8°.

23 TOP Viña del Mar, 02/10/09, RIT: 177-09, considerando 17°.

*“...encontrar la cantidad de droga ya descrita, **unida a sus dos formas de distribución**, o sea, a granel y dosificada importa habitualidad en la comercialización, cuestión que también se avaló con el mérito de la pesquisa policial, y ello además resultó ser otro elemento orientador para calificar los hechos como tráfico del artículo 3° de la ley 20.000”²⁴.*

*“...también como parámetro para establecer si nos encontramos o no frente al tráfico de pequeñas cantidades de droga, el tribunal consideró que acorde a lo afirmado por los Subcomisarios Ríos y Chávez, ambos con experiencia en el tema, por desempeñarse en la brigada especializada de drogas de la Policía de Investigaciones, la droga bruta incautada, esto más de **100 gramos, haciendo la proyección, alcanzaba para la confección de 200 envoltorios** conocidos como “empanadas” y a su vez éstos permitían la confección **de dos o tres cigarrillos de marihuana**, de manera que en este caso, potencialmente **la distribución de la droga habría significado entre 550 a 600 dosis individuales**, lo que sustenta aún más la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas”²⁵.*

“... la droga bruta incautada, esto más de 100 gramos, haciendo la proyección, alcanzaba para la confección de 200 envoltorios conocidos como “empanadas” y a su vez éstos permitían la confección de dos o tres cigarrillos de marihuana, de manera que en este caso, potencialmente la distribución de la droga habría significado entre 550 a 600 dosis individuales, lo que sustenta aún más la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas”²⁶.

“...el volumen de droga que se incautó -99,10 grms netos- atendida la numerosa cantidad de dosis que permitiría confeccionar- sin perjuicio de las veintiséis que estaban listas para su venta-, conforme expuso el funcionario policial - una por cada 0,1 gramos, aproximadamente, lo que lleva una cantidad no menor a las 900 dosis, con un avalúo no inferior a \$500 par cada un de ellas, según indica la experiencia...”²⁷.

Condenó por tráfico declarando... *“sin que obste a esa conclusión (tráfico del art. 3°) el hecho de que sólo se encontró 33 gramos de pasta base de cocaína en poder del imputado, pues - como bien lo señala la sentencia- alcanzaba dicha cantidad para comercializar un importante número de dosis de la droga, afectando la salud de la población, bien jurídico que protege el texto legal ya comentado...”²⁸.*

También este mismo criterio se ha relacionado con:

- La pureza de la droga. Así,

24 TOP Rancagua, 01/07/08, RIT: 121-08, considerando 4°.

25 TOP Antofagasta, 14/07/08, RIT:110-08, considerandos 7° y 8°.

26 TOP de Santiago (6°), RIT: 491-08, considerando 19°.

27 TOP de Antofagasta RIT N°199-2008 (11.11.08).

28 SCA de Antofagasta Rol N°214-2006 (01.12.06).

“... este caso (de un 57% de pureza), potencialmente la distribución de la droga – de añadirseles otras sustancias– podía además haberse aumentado a 800 ó 1200 dosis, lo que sustenta la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas...”²⁹.

- Las ganancias que supondría la venta de la totalidad de la droga.

“... no se estuvo con la defensa en orden a considerar que el hecho punible debe ser calificado como tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes pues el volumen de droga que se incautó, atendida la numerosa cantidad de dosis que permitiría confeccionar conforme expusieron los funcionarios policiales – una por cada 0,2 gramos, aproximadamente, lo que lleva a una cantidad no menor a las 750 dosis, con un avalúo no inferior a \$500.000 según indica la experiencia–, no puede sino encuadrarse en la figura típica que se ha señalado...”³⁰.

- Comparar la proyección con la población sobre la que pudo recaer su distribución.

“...en el caso concreto la cantidad de droga – cannabis sativa. Que el acusado transportaba (...) quedó determinada en 408 gramos, peso bruto, y 380 grs. Peso neto. De esta última cantidad según lo manifestado por los funcionarios de la brigada antinarcóticos de la Policía de Investigaciones (...) se obtienen sobre mil dosis. Esta juez disidente estima que la referida cantidad de cannabis sativa que se encontró en poder del acusado no puede considerarse que sea pequeña, más bien es una cantidad significativa, como también lo es el peligro creado para la salud de grupo social, ello es así, si se considera la realidad regional en los relativo al número de habitantes de la zona...”³¹.

4.4. Cuarto criterio: pureza de la droga

Se ha entendido prácticamente de manera unánime en la jurisprudencia que cualquier cantidad por ínfima que sea afecta la salud pública.

¿Cómo se ha utilizado este criterio por nuestros tribunales?

La mayor parte de la jurisprudencia consultada estima que un alto grado de pureza permite su adulteración con fines lucrativos, lo que permitirá “cortarla”. Luego, cuando la droga incautada posee un alto grado de concentración, se concluye que el impacto al bien jurídico ha sido mayor, ya que se podrá haber obtenido un mayor volumen de venta y difusión. De otro orden, se supone que mientras mayor es la pureza más arriba estamos en la escala de producción y distribución y por lo tanto, mayor será el grado de organización en la escala piramidal.

29 TOP de Antofagasta RIT N°99-2008 (02.07.08).

30 TOP de Antofagasta RIT N°191-2008 (04.11.08).

31 TOP de Punta Arenas RIT 41-2007(12.07.07) En: LUCIANO CISTERNAS, ob. cit. p.196.

Del análisis jurisprudencial, destacamos los siguientes fallos:

“...la pureza de la droga también constituyó un derrotero para asentar que se estuvo ante un tráfico de estupefacientes del artículo 3° de la ley 20.000. Una droga con una pureza que varía entre un 42 a un 70% no está al alcance de personas que comercializan con mínimas cantidades de sustancias prohibidas, dado que, éstas aumentan los gramajes con otros elementos, quizás más nocivos que la propia droga, los que disminuyen el porcentaje de pureza. Tantos por cientos menores se asocian con dosis que se venden para el consumo, independiente del envase en que se contienen, de allí que, un traficante de mayor categoría cuenta con una droga de mejor calidad, como es el caso que convocó la audiencia del día 8 de septiembre recién pasado”³².

“...Se desestimó también la alegación del acusado de que tenía la droga para su uso personal exclusivo,... porque la cantidad y pureza de la droga no permiten racionalmente suponer tal modalidad de consumo, pues se trata de 78,67 gramos netos de droga con una pureza de entre 62 y 77%, cantidad y calidad que rebasan con creces lo que una persona puede consumir en forma exclusiva y en un tiempo próximo, así se trate de un adicto, condición que en todo caso no fue invocada por el acusado, atendidos los graves efectos tóxicos que la pasta base de cocaína causa en el organismo en una ingesta seguida superior a cinco gramos, como se ha determinado científica y empíricamente...”³³.

“... No sólo debe tomarse en cuenta la cantidad de droga incautada sino también la pureza de la misma, lo que en el segundo de los ilícitos queda de manifiesto su baja calidad...”³⁴.

“... la cantidad de la droga incautada y su concentración es un elemento a considerar al momento de determinar se si está en presencia de tráfico o de microtráfico, en razón que una baja pureza de droga es inidónea para lesionar gravemente la salud pública, por lo que al ser menos lesiva debe ser considerada como pequeña cantidad...”³⁵.

“... la pureza de la droga (26%) apunta claramente a aquellas personas que las comercializan en mínimas cantidades, que las aumentan con otras sustancias para llegar a la cantidad que en definitiva portan, poseen, tienen o transportan. Dicha pureza es propia de las dosis que se venden para el consumo, independientemente del envase en que se contiene, un traficante a mayor escala, habitualmente, tiene una droga de una mayor calidad...”³⁶.

“... Una droga con una pureza que varía entre un 42 a un 70% no está al alcance de personas que comercializan con mínimas cantidades de sustancias prohibidas, dado que, éstas aumentan los gramajes con otros elementos, quizás más nocivos que la

32 TOP de Rancagua, RIT 188-08, (13.09.08), considerando 4°.

33 TOP de Iquique, (29-08-08), considerando 9°.

34 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°21.601-2004 (14.08.07).

35 Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel N°212-06 (17.03.06).

36 SCA de Rancagua N°376-06 (15.12.06).

*propia droga, los que disminuyen el porcentaje de pureza. Tantos por cientos menores se asocian con dosis que se venden para el consumo, independiente del envase en que se contienen, de allí que, un traficante de mayor categoría cuenta con una droga de mejor calidad...*³⁷.

Sin embargo, también encontramos jurisprudencia en sentido contrario.

*“...Ciertamente la pureza de la droga también puede influir en la decisión de tipificar uno u otro delito, pero sobre la base del mismo principio de legalidad no está incluida como un elemento esencial del tipo, porque el inciso final de esta disposición, referido a la calidad de la pureza de la droga poseída se refiere sólo al consumo o uso por otro establecido en el inciso segundo de este artículo...”*³⁸.

En general, la pureza ha sido considerada como criterio orientativo por los tribunales para revelar o inducir lo siguiente:

- Alta pureza: intención de traficar, conforme al Art. 3°;
- Baja pureza: intención traficar, en la modalidad de microtráfico, o bien de consumo;

4.5. Quinto criterio: forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención

La forma de ocultamiento de la droga también se ha considerado en la jurisprudencia como un criterio indiciario de las conductas propias de tráfico, microtráfico y consumo. Este criterio cobra especial relevancia en centros de detención o reclusión, lo que configura la agravante del art 19 letra h³⁹.

La jurisprudencia cuando atiende a este criterio, no discute el que la droga se oculte o no pues, esto responde a una conducta propia de cualquier persona que porte droga, sino a la forma de ocultamiento, pues no es lo mismo ocultarla en un bolsillo del pantalón o de la chaqueta, que dentro de los genitales o en un lugar alambicado.

Los tribunales han estimado que según la especial forma en que se realiza el ocultamiento de la droga, esto determina que una conducta pueda ser calificada como microtráfico o consumo, según la forma del ocultamiento.

Así,

“...Las máximas de la experiencia indican que los consumidores, cuando son sorprendidos portando droga, a éstos se les encuentra la misma contenida en bolsitas, las que además portan entre sus ropas superficialmente...”

37 TOP de Rancagua RIT 188-2008 (13.09.08).

38 SCA de Antofagasta N°18-08 (28.02.08).

39 “h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”.

“...De lo razonado se desprende, que los consumidores de ordinario no son sorprendidos portando droga dispuesta en papelillos, por el riesgo asociado que ello implica y menos se les encuentra escondida ésta entre sus vestimentas, y sí los portan los traficantes, ya que por la utilidad económica que el ilícito les reporta, asumen dicho riesgo, misma que además la esconden con habilidad extrema en sus ropas a fin de burlar los eventuales controles a que pueden ser sometidos por los policías, como también preservarla de eventuales “quitadas” o “mexicanas” que sus competidores del rubro puedan intentar en contra de ellos...”⁴⁰.

“...precisamente en la especie se presentan los elementos propios del tráfico ilícito de estupefacientes, toda vez que para comercializar la sustancia ilícita y a fin de procurar su impunidad el acusado utilizaba una vivienda deshabitada próxima a su domicilio que sólo contenía una mesa, sistema justamente empleado por quienes se dedican al tráfico de estupefacientes...”⁴¹.

“...la mayor parte de ella se encontró bajo un balón de gas, lugar, que lógicamente no es aquel más indicado para dejar una droga que se dice consumir con exclusividad y en tiempo próximo, más parece que dicho lugar apunta al propósito de que la misma no sea descubierta, ya sea por la policía, como por los clientes...”⁴².

4.6. Sexto criterio: antecedentes de la investigación

Antecedentes de la investigación como registros de interceptaciones telefónicas, fotografías, filmaciones u otros medios, pueden constituir no sólo medios de prueba idóneos para acreditar el hecho punible y la participación del imputado, sino también son considerados por los jueces como un antecedente relevante a la hora de establecer la **habitualidad** en la actividad de venta y en definitiva, configurar un tráfico del tipo base. En ese sentido, una cantidad puede ser nominalmente escasa al momento de incautar la droga, pero la habitualidad de la actividad ilícita puede mutar esa pequeña cantidad en una mayor.

La jurisprudencia consultada también se pronuncia en esta materia:

*“...el Tribunal desestimó las alegaciones de la defensa, en cuanto solicitaba la calificación del mismo sólo como microtráfico del artículo 4° de la Ley 20.000.-...”. “...no es la cantidad, considerada en forma abstracta y aislada lo que únicamente debe ser objeto de análisis por el Tribunal, sino todo **un comportamiento, una forma de vida llevada por la acusada, que según los testigos explicaron en el juicio, era desarrollada por ésta desde tiempo antes del allanamiento que dio origen a este juicio,... Se trata así, pues, de una persona que vendía regularmente droga a terceros ...**”⁴³.*

40 TOP de Antofagasta RIT N°149-05 (25.10.05).

41 TOP Santiago (6°), 05/02/08, RIT: 491-08, considerando 19°.

42 TOP de Curicó RIT N°12-06 (02.05.06).

43 TOP Viña del Mar, 14/10/09, RIT: 204-09, considerando 12°.

“... los funcionarios policiales emplearon varios minutos de la audiencia del juicio oral, para explicar la labor de inteligencia que realizaron con los datos aportados por la microtráficoante, a quien la Cuny proveía de droga, y con los mensajes crípticos que escucharon en las conversaciones telefónicas sostenidas por la acusada con sus clientes o proveedores, que develaban ventas y adquisiciones de droga. Entonces, no constaba más droga que la vendida al informante revelador”⁴⁴.

4.7. Séptimo criterio: tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración, distribución y el tráfico en sentido amplio

A la convicción en estos casos sólo se puede arribar cuando se acompaña de otros antecedentes que sean concluyentes del ánimo de traficar, como son Vg. la declaración de agentes reveladores, funcionarios aprehensores, consumidores-compradores, presencia de restos de droga en dichos utensilios, falta de justificación de los mismos en poder del imputado, etc.

4.7.1. POSESIÓN DE BALANZAS DE PRECISIÓN DEL TIPO “TANITA”

En general, puede sostenerse que la presencia de estos elementos, conjuntamente con droga es un factor relevante al momento de adquirir convicción por parte de nuestros tribunales.

Así:

*“...junto a un elemento idóneo para su pesaje de precisión y dosificación;...”. “...los elementos materiales ya referidos y encontrados, tales como una **balanza digital, utensilio indispensable por los traficantes...**”. “... todos estos antecedentes permitieron a los sentenciadores concluir que la pasta base de cocaína y el clorhidrato de cocaína hallada se encontraba dispuesta para ser distribuida o vendida a otros traficantes o microtráficoantes de la comuna...”⁴⁵.*

Condena por microtráfico la posesión de 111 gramos netos de marihuana,

“...porque en el dormitorio del acusado se encontró una balanza digital, lo que constituye un indicio importante de ánimo de distribución, pues las máximas de la experiencia indican que es el traficante quien se preocupa de dosificar la droga, para así, sacarle mejor provecho económico, no así el consumidor, quien no necesita una balanza de precisión para consumir...”⁴⁶.

En sentido contrario,

44 TOP Rancagua, 13/09/08, RIT: 188-08, considerando 4°.

45 TOP Talagante 18/02/09, RIT 06-09, considerando 10°.

46 TOP de Los Ángeles RIT N°2-08 (11.02.08).

“...encontrar una balanza o pesa en el domicilio de una persona es un acto equívoco, indicando las máximas de la experiencia que es un hecho común en los domicilios, más aún cuando fue encontrada en el dormitorio del imputado...”⁴⁷.

4.7.2. JUGUERAS

Se considera, en general un indicio en los casos en que se encuentran residuos de marihuana.

*“Ese hallazgo debe necesariamente relacionarse con la **juguera que se estableció era usada para moler la droga** que se recibía prensada y luego dosificarla en los envoltorios para la venta a los consumidores, ello si bien no da cuenta de un sofisticado sistema, revela que se trata de una **actividad organizada**, en modo alguno en la pequeña escala como algunos adictos lo hacen, vendiendo parte de la droga que han adquirido para su consumo”⁴⁸.*

El tribunal estimó que a la posesión de la droga “...se debe unir un elemento comúnmente utilizado en la perpetración de ilícitos de esta naturaleza, como es la juguera a que se ha hecho referencia, lo que en concepto de estos sentenciadores, constituye, inequívocamente, un indicio del propósito de traficar a cualquier título...”⁴⁹.

4.7.3. POSESIÓN DE TELÉFONOS CELULARES

Lo que determina en estos casos el indicio no es la tenencia *per se* de estos aparatos sino la pluralidad de los mismos.

“... los cuatro teléfonos celulares, el frasco de juguera y la pesa; además, las condiciones de envase y dosificación y por último la gran cantidad de dosis para el consumo que permite confeccionar ésta, lo que además fue apreciado por el Tribunal en las fotografías exhibidas y proyectada, permitió concluir que dicha sustancia estaba destinada a ser transferida a terceros”⁵⁰.

4.8. Octavo criterio: forma de distribución de la droga; tenencia de papelillos y posesión de billetes y monedas de distinta denominación

La tenencia de estos elementos, en conjunto con la incautación de balanzas y/o celulares ha sido interpretada por la jurisprudencia como indicio de tráfico de drogas, en la modalidad de microtráfico.

“...se ha desestimado la principal alegación de la defensa...los que cuestionaron que estuviésemos en presencia del ilícito del artículo 3° de la Ley 20.000...”. “...el decomiso descrito correspondió a la incautación de un polvo beige que en total ascendió a

47 Tribunal de Garantía de Puerto Montt RIT 3874-2004 (14.09.05).

48 TOP Antofagasta, 14/07/08, RIT:110-08, considerando 8°.

49 TOP de Talca RIT N°114-2006 (13.02.07).

50 TOP Santiago (6°), (11.09.09), RIT: 209-08, considerando 11°.

107,50 gramos netos (110,90 gramos brutos) que resultó ser pasta base de cocaína... la misma estaba distribuía no sólo en 91 dosis individuales conocidas como papelillos, que pesaron 23 gramos, sino además en 56 bolsas de nylon pequeñas que pesaron 77 gramos, es decir haciendo la proyección, esa cantidad alcanzaría por lo menos para 300 dosis más y finalmente 13 gramos más de droga a granel envuelta en un papel, que admitía la posibilidad de 51 dosis individuales adicionales, en total –y sin perjuicio que la pureza de esa droga, hacía posible duplicar sino triplicar la cantidad de dosis añadiéndole otras sustancias– los acusados tenían en su poder a lo menos droga que permitía poner en circulación a lo menos 442 dosis individuales (monos o papelillos)”⁵¹.

“de lo razonado se desprende, que los consumidores de ordinario no son sorprendidos portando droga dispuesta en papelillos, por el riesgo asociado que ello implica y menos se les encuentra escondida ésta entre sus vestimentas, y sí los portan los traficantes ya que por la utilidad económica que el ilícito les reporta, asumen dicho riesgo, misma que además la esconden con habilidad extrema en sus ropas a fin de burlar los eventuales controles a que pueden ser sometidos por las policías, como también preservarla de eventuales quitadas o mexicanas en contra de ellos”⁵².

“el plus del papelillo de arroz destaca la conducta del imputado y le otorga un distintivo especial e inconfundible, por cuanto impide vincularlo con el concepto de proveedor de vendedores de droga. El dejar lista la sustancia para su consumo manifiesta, de manera inequívoca, cual era el mercado al que dirigía su oferta...”⁵³.

Cuando se atiende a este criterio, se apunta a tres aspectos, a saber:

1. Si la droga incautada presenta subdivisión.
2. Si la droga ya subdividida, se presenta contenida en envoltorios de papel, bolsas de plástico en forma tubular o en papel aluminio.
3. Según el número y tipo de contenedores, el peso bruto y neto de la sustancia.

Normalmente, este criterio nos sirve de ayuda para determinar conductas propias de microtráfico, toda vez que las personas que comercializan las drogas o *dealers* callejeros, más comúnmente conocidos como pilotos, portan este tipo de elementos para facilitar la venta al menudeo o al detalle.

4.8.1. JURISPRUDENCIA REFERIDA AL ROL INDICIARIO DE LA FORMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA DROGA

La forma de distribución de la droga juega un papel indiciario de tráfico o microtráfico por exclusión, esto es, se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo “cuando

51 TOP Antofagasta, 02/07/08, RUC: 0700803104-K, RIT 99-08, considerando 8°.

52 TOP de Antofagasta RIT N°149-2005 (25.10.05).

53 TOP de Rancagua RIT N°267-2007 (21.11.07).

las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarios del propósito de traficar a cualquier título”.

Nuestros tribunales han entendido que la sola distribución denota ánimo de traficar. Así,

“...estos antecedentes son indiciarios de una conducta de tráfico, no tanto por la cantidad, que es exigua, sino por cuanto las especies estaban subdivididas en paquetes lo que razonablemente supone un ánimo de comercializar y no consumirlas...”⁵⁴.

De otro lado, el número de dosis en que se distribuya debe condecirse con un estándar de consumo personal, exclusivo, y en especial, próximo en el tiempo y cuando no es posible discutir la pequeñez de la cantidad, el modo en que se presenta la droga no resulta relevante como indicio:

“...que los hechos antes descritos son constitutivos del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, toda vez que . el número de dosis en que estaba distribuida – 134 papelillos, cantidad que ningún consumidor porta consigo- permite concluir inequívocamente que su destino no pudo ser otro que su comercialización...”⁵⁵.

4.8.2. JURISPRUDENCIA REFERIDA AL ROL INDICIARIO DE LA POSESIÓN DE BILLETES Y MONEDAS DE DISTINTA DENOMINACIÓN

*“Respecto del **dinero incautado**... a lo menos \$15.000.- se encontraban junto a los 14 envoltorios de pasta base debajo del colchón de la cama matrimonial, y lo mismo puede señalarse del dinero restante, distribuidos en **monedas y billetes de baja denominación**, careciéndose de elementos de juicio suficientes para considerar que ellos correspondan a ingresos propios del negocio de la acusada, no habiéndose rendido prueba sobre tal punto, atendida además la dinámica propia de la venta de droga, y que el dinero se encontró no en el negocio, sino en un monedero ubicado en un cajón de un mueble del domicilio”.*

*“Respecto de los **recursos económicos** de la acusada y que la defensa estima como escasos para ser una persona a quien deba considerarse como traficante, ello no es bastante para eximirla del delito, no siendo aquél un argumento de fondo ni decisivo que justifique su actuar o la exima de responsabilidad, además que de los dichos de los testigos no se advierte tampoco aquella desvalida situación a que pretende aludir la defensa, habiendo aquellos mencionado que la propiedad de la acusada era de material sólido, se encontraba en construcción, y poseía una puerta color café y reja de protección de fierro, añadiendo que además tenía un living comedor con piso de cerámico, y dos habitaciones, un patio, baño y cocina”⁵⁶.*

54 TOP de Santiago RIT N°119-2008 (16.12.08).

55 TOP de Antofagasta RIT N°210-2008 (19.11.08).

56 TOP Viña del Mar, 14/10/09, RIT: 204-09, considerando 12°.

En la práctica, los tribunales relacionan este criterio con otros indicios tales como:

- Reconocimiento del imputado de la intención de traficar con ellos;
- Sorprender al mismo dosificando la droga en numerosos papelillos o bolsitas;
- Declaración de agente revelador o de testigos consumidores o compradores de droga al imputado;
- Cantidad y pureza de la droga incautada;
- La incautación de más de un tipo de droga;
- Situación socioeconómica del acusado.

4.9. Noveno criterio: capacidad económica del imputado

Este criterio normalmente es utilizado por los fiscales para dilucidar si la conducta corresponde a un traficante o microtraficante. Así, normalmente la incautación de considerables cantidades de dinero son indiciarias de una actividad de tráfico mayor asociada a la gran criminalidad. Por el contrario, la incautación de billetes y monedas de baja denominación, por regla general sugiere una actividad ligada al tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico.

De la jurisprudencia analizada puede advertirse que este criterio se ha evidenciado en aspectos tales como: vivir o no de allegado; sector donde vive; existencia y calidad de bienes poseídos; existencia o ausencia de deudas; trabajar o no en una actividad formal. Así:

“...En efecto, analizando las características personales de la imputada, se trata de una mujer de 63 años, de escasos recursos, viuda, encargada del cuidado de un nieto, que vive en una pieza arrendada en una casa que tiene otros arrendatarios, la que se hallaba alhajada sin lujo, habiéndose incautado como únicas especies de valor dos televisores, sin indicar marca ni estado en que se encontraban y la suma de \$88.000 en efectivo, antecedentes que unidos a los anteriores, son indicativos que se trata de una traficante de pequeñas cantidades de drogas y no de grandes volúmenes o formando parte de una organización, de avanzada edad y precaria situación económica...”⁵⁷.

*“...el monto de dinero incautado puede constituir un indicio de una actividad propia del tráfico que reprime el artículo 3^a de la ley 20.000. Si bien, no fueron grandes cantidades de dinero las incautadas, su origen no apareció asociado con actividades lícitas que las generaran..., si se considera que, según el informe del **Servicio de***

57 TOP de Santiago RIT N°574-2008 (17.12.08) En LUCIANO CISTERNAS VÉLIZ ob. cit., p. 217.

*Impuestos Internos, de fecha 15 de marzo de 2007, estas mujeres no registran en esa dependencia inicio de actividades ni declaraciones de impuestos...*⁵⁸.

*“...Respecto del **dinero incautado**... a lo menos \$15.000.- se encontraban junto a los 14 envoltorios de pasta base debajo del colchón de la cama matrimonial, y lo mismo puede señalarse del dinero restante, distribuidos en **monedas y billetes de baja denominación**, careciéndose de elementos de juicio suficientes para considerar que ellos correspondan a ingresos propios del negocio de la acusada, no habiéndose rendido prueba sobre tal punto, atendida además la dinámica propia de la venta de droga, y que el dinero se encontró no en el negocio, sino en un monedero ubicado en un cajón de un mueble del domicilio....”*

*“...Respecto de los **recursos económicos** de la acusada y que la defensa estima como escasos para ser una persona a quien deba considerarse como traficante, ello no es bastante para eximirla del delito, no siendo aquél un argumento de fondo ni decisivo que justifique su actuar o la exima de responsabilidad, además que de los dichos de los testigos no se advierte tampoco aquella desvalida situación a que pretende aludir la defensa, habiendo aquellos mencionado que la propiedad de la acusada era de material sólido, se encontraba en construcción, y poseía una puerta color café y reja de protección de fierro, añadiendo que además tenía un living comedor con piso de cerámico, y dos habitaciones, un patio, baño y cocina....”*⁵⁹.

4.10. Décimo criterio: condición de drogodependiente o politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor

A decir de Hernández, se parte aquí del supuesto de que si quien porta las drogas es adicto a las mismas seguramente las portará para satisfacer su adicción, resultando atípica su tenencia, en tanto que si no es adicto está menos “justificada” su tenencia y existirá un indicio de que las porta para traficarlas⁶⁰.

La premisa básica en este supuesto es que la posesión de drogas destinadas al autoconsumo, por regla general, en nuestro ordenamiento es impune, salvo obviamente que nos encontremos en alguno de los supuestos del artículo 50 de la ley que nos rige. Luego, no habrá en tal supuesto ni un delito del tipo base del artículo 3° ni de su figura atenuada de microtráfico. Si la tenencia o posesión de las sustancias a que se refiere el artículo 1° de dicho cuerpo legal es en cantidad tal que la misma no constituye delito, dicha conducta será en consecuencia atípica.

Sin embargo, mucho más compleja resulta ser la cuestión tratándose del *micro-trafficante-consumidor* o drogodependiente.

58 TOP Rancagua, 01/07/08, RIT: 121-08, considerando 4°.

59 TOP Viña del Mar, 14/10/09, RIT: 204-09, considerando 12°

60 Ob. cit. p. 219.

Hoy en día, la figura del drogadicto-vendedor es cada vez más común en nuestras poblaciones y espacios urbanos. Debido a los altos precios de la droga y el grado de adicción que puede llegar a adquirir una persona, en especial tratándose de drogas duras como la pasta base, no resulta extraño que un consumidor se transforme en poco tiempo en traficante y la experiencia así lo demuestra, convirtiéndose de esta forma en el último eslabón de la cadena del tráfico de drogas.

Un par de antiguas sentencias de la Segunda sala del Tribunal Supremo español de fechas 25 de septiembre de 1987 y 20 de enero de 1989 han aludido a esta figura al afirmar que *el consumo habitual de cierto opiáceos, entre ellos la heroína, puede transformar al sujeto en delincuente funcional que ingresa en el pernicioso tráfico con el doble fin de procurarse la droga y un medio más de vida.*

En este caso, nos enfrentamos ante situación compleja, pues, por una parte tenemos un consumidor o adicto, que más que una sanción penal requiere tratamiento y de otro lado, en cuanto microtraficante, es merecedor de una pena.

En España, el distinguido fiscal antidrogas y académico español, Luis Fernando Rey Huidobro, sostiene que gran parte de la doctrina y de la misma Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de drogas, lamentan que esta figura no se haya previsto ni en las sucesivas reformas del C.P. de 1973, ni tampoco en el vigente de 1995. Al respecto, en nuestro país no es muy distinta la situación.

Ante este vacío, en opinión del citado fiscal, la Convención de Viena de 1988, que como sabemos, también es vinculante en nuestro país, puede resolver de manera adecuada esta situación, pues el artículo 3 (delitos y sanciones) dispone que: *“las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo que, como complemento de la declaración de culpabilidad o condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social”* e incluso en el apartado c) se indica que *“no obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los caso apropiados de infracciones de carácter leve, las partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento”*.

Ahora bien, en lo que respecta al rol indiciario de este criterio, éste debe relacionarse con otros datos objetivos, como por ejemplo, la pequeña cantidad de droga incautada, la forma de ocultamiento, la ausencia de indicios que evidencien la intención de traficar y la presencia de elementos que permitan consumir la droga, v. gr. Pipas, papel de arroz, antenas etc.

De la jurisprudencia consultada, destacamos los siguientes fallos:

“...Que aún cuando sea efectivo que el imputado sea también adicto a la referida droga, como él lo sostiene en su indagatoria, no es óbice para concluir que es, además, autor del ilícito sub judice y, claramente, no se vulnera principio alguno por parte del Ministerio Público si no recaba un informe pericial de adicción de Martínez Beltrán pues, ya está dicho, sea o no un adicto a la marihuana, ello no puede llevar a concluir que haya tenido 65,5 gramos de cannabis para –únicamente– alimentar su propio vicio, máxime si, como se señaló, él mismo refiere que iba a compartirla con cuatro amigos más y que en el proceso de su consumo duraría aproximadamente un mes...”⁶¹.

“...que la exculpación de ser sólo consumidor no aparece avalada con prueba alguna, no bastando la sola declaración del condenado en el sentido de que es adicto, situación que no se contrapone al tráfico de sustancias ilícitas, puesto que un mismo sujeto puede revestir la calidad de consumidor y a la vez de traficante de droga, condición que ocurre usualmente cuando este consumidor para proveerse de droga para sí, la comercializa para tener los medios económicos necesarios para financiar su adicción, reflexiones estas que se encuentran sustentadas por la lógica, las máximas de la experiencia y en los conocimientos científicamente afianzados...”⁶².

*“...No concuerdan estos jueces con la premisa esgrimida por la defensa en el sentido de que por el hecho de que el acusado Vargas Oyarzo sea consumidor no pueda efectuar transacciones de droga, ya que **la experiencia demuestra que algunos consumidores precisamente trafican droga para suministrarse la propia, de manera de que la sólo circunstancia de que una persona sea consumidor no descarta que este ejecute acciones de tráfico**, a mayor abundamiento así lo demuestra el extracto de filiación del acusado en que registra dos condenas anteriores por tráfico de drogas, incluso uno de ellas, la emanada del juzgado de garantía de esta ciudad en Rit 88-2006 de 23 de Mayo de 2006, lo es por tráfico de pequeñas cantidades en carácter de reiterado, razones por las cuales resulta que esta alegación, deberá ser desestimada...”⁶³.*

4.11. Undécimo criterio: posesión de varios tipos de drogas

Se ha entendido que la posesión de más de un tipo de droga no es suficiente por sí sola para determinar se estamos frente a un supuesto de tráfico, micro-tráfico o consumo personal. Luego, sólo puede ser considerada como criterio cuando va acompañada de otros indicios.

La posesión conjunta de varios tipos de drogas ha perdido validez cuando se ha tratado de cantidades de gran envergadura, pues en este caso son clasificados derechamente como tráfico. En cambio, sí ha conservado validez como criterio indiciario cuando la calificación de pequeña cantidad es discutible.

Sobre este criterio la jurisprudencia ha sostenido:

61 SCA de Santiago Rol N°635-2007 (05.04.07).

62 SCA de San Miguel Rol N°1345-2006 (04.12.06).

63 TOP Punta Arenas, 17/01/07 RIT: 96-06, considerando 11°.

*“Rechazo de la solicitud de recalificación esgrimida por la defensa. Que la defensa alegó que en la especie nos encontrábamos en frente de la figura de microtráfico contemplada en el artículo 4° de la Ley 20.000. Sin embargo dicha solicitud fue rechazada por el tribunal, por cuanto, la **existencia de dos tipos de droga** (una blanda y otra dura), la **cantidad de las mismas** encontradas en poder del acusado mientras las transportaba, así como la **ausencia de elementos de juicio que den cuenta de una venta al menudeo**”⁶⁴.*

4.12. Duodécimo criterio: territorialidad o realidad de la zona geográfica en que se efectuó la conducta

Para Luciano Cisternas, este criterio importa comparar el impacto que tiene el tráfico de drogas en las distintas regiones y zonas geográficas de nuestro país. Así, la cantidad debe apreciarse en relación al ámbito social próximo en que se pueda distribuir, lo que importa distinguir entre tráfico y microtráfico realizado en las pequeñas y grandes urbes. De esta forma, siguiendo este criterio, es posible que 50 gramos sean considerados tráfico en una pequeña localidad y microtráfico en una gran urbe⁶⁵.

Entre varias de las sentencias citadas por este autor destacamos las siguientes:

“atendido que la droga incautada asciende a 56 grs. De clorhidrato de cocaína... y que en esta región frecuentemente son descubierto tráfico ilícitos por cantidades que holgadamente sobrepasan varios kilogramos de droga de circulación prohibida”⁶⁶.

Confirmó sentencia de tribunal a quo que consideró microtráfico 89 grs. teniendo para ello presente que: ... *“en relación a la pequeña cantidad, es dable precisar que la sentencia refiere, en el párrafo tercero del motivo séptimo, las razones por las cuales considera que la cantidad incautada constituye pequeña cantidad; a saber, por lo que usualmente puede observarse en la ciudad de Arica, que al ser fronteriza, se presta para el tránsito de cantidades de droga visiblemente mayores, cuyo destino final es Europa o Santiago...”⁶⁷.*

“...La referida cantidad (408 grs.) de cannabis sativa que se encontró en poder del acusado no puede considerarse que sea pequeña, más bien es una cantidad significativa, como también lo es el peligro creado para la salud del grupo social, ello es así, si se considera la realidad regional, en lo relativo al número de habitantes de la zona...”⁶⁸.

64 TOP Santiago (2°), 07/03/08, RIT: 15-08, considerando 11°.

65 Ob. cit., p. 229 y ss.

66 SCA de Santiago Rol N°28507-2003 (11.06.07).

67 SCA de Arica Rol N°157-2005 (23.08.05).

68 TOP de Punta Arenas RIT N°41-2007 (12.07.07).

“...Del mismo modo y como se advirtiera en la deliberación, en concepto del tribunal, el total de la droga incautada desde su vehículo (102, 22 gr. netos de clorhidrato de cocaína al 40% de pureza) no permite concluir que se trate de una pequeña cantidad, por el contrario y, teniendo además presente que el hallazgo de la droga se produjo en Casablanca, una pequeña comunidad, es que el bien jurídico protegido salud pública, con dicha cuantía del estupefaciente, se ve aun más amenazado que en una ciudad de mayor población...”⁶⁹.

En otros casos, ha sido criticado como criterio indiciario pues de aplicarlo, supondría vulnerar principios como la igualdad ante la ley o la seguridad jurídica.

Así, en sentencia pronunciada con fecha 23 de enero de 2009 por la Corte de Apelaciones de Arica, desestimando la tesis de la defensa de calificar el hecho como microtráfico en consideración a las cantidades mayores que se transan en la ciudad de Arica, señaló que *“ello significaría dejar en la más absoluta indefensión a los habitantes de esta ciudad, al tolerar una conducta enteradamente reprochable, que importaría una especie de zona franca para el tráfico de drogas en cantidades superiores lo que en el resto del país se considera como pequeñas o de poca consideración, siendo el referido argumento apartado de toda lógica y de respaldo jurídico...”⁷⁰.*

En similar sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en los autos Rol de ingreso N°98-2008 (10.06.08), condenó como microtráfico la posesión de 56,48 grs. revocando la sentencia del tribunal a quo indicando que se discrepa *“...en cuanto a que la zona geográfica sea uno de los criterios orientadores para establecer, entre otros factores, si estamos en presencia de un delito de tráfico o de microtráfico, ya que ello conlleva que una misma conducta pueda ser encuadrada en uno u otro ilícito dependiendo se perpetra en Arica, Santiago, La Legua, Las Condes, Talca, Puerto Montt, Ancud, La Antártica Chilena, lo que repugna al espíritu del legislador y podría devenir en discriminatorio...”*.

4.13. Décimo tercer criterio: temporalidad, esto es el no estar destinada la droga a un uso personal y exclusivo próximo en el tiempo

Como sabemos, el artículo 4° establece como elemento negativo del microtráfico la circunstancia de estar destinada la droga objeto de la conducta, al tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En nuestro país, Politoff/Matus/Ramírez señalan que no existen criterios explícitos para determinar que cantidad de sustancias estupefacientes debe considerarse propia de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, lo que se ve confirmado en la jurisprudencia consultada.

69 TOP de Valparaíso, RIT 367-09 (23.01.09) considerando 7°.

70 SCA Arica Rol N°183-2008 (23.01.09).

Así, en sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo penal de Iquique “se desestimó también la alegación del acusado de que tenía la droga para su uso personal exclusivo, por oponerse a ello, en primer lugar, su mismo aserto al indicar que la consumiría en un plazo de a lo menos 20 días, lo que deja fuera el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo que exige la norma. En segundo lugar, porque la cantidad y pureza de la droga no permiten racionalmente suponer tal modalidad de consumo, pues se trata de 78,67 gramos netos de droga con una pureza de entre 62 y 77%, cantidad y calidad que rebasan con creces lo que una persona puede consumir en forma exclusiva y en un tiempo próximo, así se trate de un adicto, condición que en todo caso no fue invocada por el acusado, atendidos los graves efectos tóxicos que la pasta base de cocaína causa en el organismo en una ingesta seguida superior a cinco gramos, como se ha determinado científica y empíricamente”⁷¹.

Un criterio más restrictivo de este elemento negativo lo encontramos en sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, al indicar “Que los hechos descritos en el motivo primero configuran el delito de tráfico de pequeñas cantidades, relativo a cannabis sativa, previsto en el artículo 4° de la Ley N°20.000, en grado de consumado, por cuanto el acusado poseía pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes, consistentes en cannabis sativa, puesto que se encontró en su poder 6.5 gramos de marihuana prensada; sin contar con la competente autorización, ni justificar que ella estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico o para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, pues dicha cantidad permite ser fraccionada, en a lo menos 18 a 20 dosis, lo que excede el parámetro que indica la ley, ya que razonablemente no parece posible que un sujeto que se encuentra privado de libertad y en situación de aislamiento, lo que conlleva una mayor fiscalización por parte de Gendarmería, pueda consumirlas en un corto período”⁷².

4.14. Último criterio: lugar del hallazgo

En menor medida, esta circunstancia es tomada en consideración al momento de determinar si se trata o no de una pequeña cantidad. Fue el caso de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso a raíz de una causa seguida por la Fiscalía Local de Casablanca, en la que se señaló que: “Del mismo modo y como se advirtiera en la deliberación, en concepto del tribunal, el total de la droga incautada desde su vehículo (102, 22 gr. netos de clorhidrato de cocaína al 40% de pureza) no permite concluir que se trate de una pequeña cantidad, por el contrario y, teniendo además presente que el hallazgo de la droga se produjo en Casablanca, una pequeña comunidad, es que el bien jurídico protegido salud pública, con dicha cuantía del estupefaciente, se ve aun más amenazado que en una ciudad de mayor población”⁷³.

71 TOP de Iquique, 29/08/2008, RIT 155-2008, considerando 9°.

72 TOP de Talca, 9/10/2009, RIT 245-2008, considerando 5°.

73 TOP Casablanca, 23/01/09, RIT: 367-09, considerando 7°.

4.15. Conclusiones

1. A decir de la Corte Suprema, el término *pequeña cantidad* es un concepto regulativo, el cual importa la renuncia a la norma, o en palabras de Henkel *un medio indispensable en la actual Administración de Justicia, al instruir al juez que elabore un concreto contenido decisorio y, por tanto, supla o complete la norma legal a través de la norma judicial*⁷⁴.
2. Por lo mismo, este concepto o principio requiere de criterios o elementos materiales que sirvan de ayuda al juez en su tarea de llenar de contenido esta “cáscara vacía”, como gráfica y acertadamente ha sostenido Eberhard Schmidt, pues la omisión de los mismos importaría una vulneración a la seguridad jurídica, igualdad ante la ley y en último término, a la presunción de inocencia.
3. En ese mismo orden y de acuerdo a lo expuesto, se concluye que la cantidad de droga incautada es un criterio relevante, mas no el único al que deben recurrir los jueces en su labor de llenar de contenido este concepto de *pequeña cantidad*.
4. Del análisis jurisprudencial y doctrinal abordado en el presente trabajo, puede concluirse que desde el año 2005, año de entrada en vigencia de la Ley 20.000, las cantidades estimadas como “pequeñas” han ido en aumento de manera sostenida, evidenciando que este principio regulativo es a la vez dinámico.
5. Una transacción flagrante, excluye la aplicación de la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, desplazando la discusión a determinar si estamos en presencia de la figura del tipo base o del artículo 4°.
6. Por su parte, la pureza de la droga, ha sido interpretada por la jurisprudencia mayoritaria, como un dato revelador del distinto nivel de organización y comercialización que entraña este delito. Así, una alta pureza no sugiere racionalmente la destinación a un uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Al contrario, una baja pureza puede ser indiciaria de microtráfico o de consumo.
7. La forma de ocultamiento de la droga ha sido entendida como circunstancia de posesión, transporte, guarda o porte con el propósito de traficar o de porte para el consumo, según el lugar del ocultamiento.
8. También y de acuerdo a cierta jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema⁷⁵, los casos de exportación e importación de drogas en la modalidad de “burre-

⁷⁴ HEINRICH HENKEL, ob. cit., p. 128.

⁷⁵ Al respecto, el ya comentado fallo 6788-07, señala en su considerando 7°: De la comparación de ambas disposiciones salta claramente a la vista que existen notables diferencias entre ambas, a saber:

ros”, no quedan comprendidos en la figura de microtráfico, toda vez que esta norma no contempla estos verbos rectores⁷⁶.

9. La tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga permite descartar la hipótesis de porte para el consumo en la medida que se relacione con otros antecedentes que sean concluyentes del ánimo de traficar.
10. El recurso de proyectar el número de dosis para el consumo generalmente es utilizado para acreditar la hipótesis de tráfico de drogas del artículo 3°.
11. La forma de distribución de la droga, por regla general, resulta relevante para distinguir el microtráfico del porte para el consumo. De otro lado, el criterio de la situación socioeconómica del imputado se utiliza para distinguir el tráfico de drogas del microtráfico.
12. El criterio de la territorialidad o realidad de la zona geográfica, a nuestro juicio, puede resultar perfectamente conciliable con el principio o concepto regulativo dado por la Corte Suprema, en la medida que el razonamiento del tribunal, lo llene adecuadamente de contenido, de acuerdo con los criterios ya descritos y teniendo como único límite, las reglas de valoración de la prueba contenidas en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

A.- Respecto a los verbos rectores o conductas que se contemplan en ellas.

El artículo 3°, como conducta base o esencial señala la de **traficar**, pero también sanciona a quienes **induzcan**, promuevan o **faciliten** el uso o consumo de las sustancias referidas en el artículo 1° de la ley (inciso primero). En su inciso segundo “entiende que trafican” los que sin autorización competente, **importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten** tales sustancias.

A su vez, el artículo 4° no contempla las acciones de quienes **induzcan, promuevan o faciliten** el uso o consumo de drogas, como tampoco de quienes las **importan o exporten**, de suerte que ellas jamás podrán ser constitutivas de “microtráfico”.

En el mismo sentido, ROBERTO NAVARRO DOLMETCH, El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del artículo 4° de la Ley 20.000, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, N°3-2007, Chile, Universidad Bernardo O'higgins, 2007, p. 103.

- 76 En contra de esta postura: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA, “Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación de la Ley 20.000”, Revista Ius et Parxis [on-line], Vol. 11 (2): 333-350, 2005.